

No huir de los tratados

Roberto P. Saba*

Resumen

El autor analiza la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina de no cumplir con el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Fontevecchia vs. Argentina* en lo que concierne a la anulación de una sentencia del tribunal nacional que afectaba el derecho a la libertad de expresión del denunciante. La posición crítica del autor a la posición de la Corte Suprema se centra en torno a que esta ha soslayado la relevancia y el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir del estudio de trabajos académicos de los magistrados que tomaron la decisión, el autor señala aspectos problemáticos de las posturas allí desarrolladas como, por ejemplo, una visión errónea del concepto de comunidad política y de comunidad interpretativa. También aplica la noción de derecho como integridad para sugerir una posible solución alternativa a la disputa interpretativa entre tribunales internacionales y tribunales nacionales señalando la importancia del diálogo jurisdiccional como medio para identificar el significado de los principios y derechos fundamentales expresados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

* Abogado (UBA), magíster y doctor en Leyes (Universidad de Yale), profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo; correo electrónico: rpsaba@gmail.com.

Palabras clave: derecho internacional, derechos humanos, interpretación de la Constitución, diálogo jurisdiccional, derecho como integridad, supremacía de la Constitución.

Don't avoid the treaties

Abstract

The author analyses the decision made by the Supreme Court of Argentina of not complying with the mandate of the Interamerican Human Rights Court in the *Fontevicchia vs. Argentina* case regarding the overruling of a previous case decided by the national tribunal concerning the violation of the claimant's right to freedom of speech. The author's criticism to the Supreme Court's decision focuses on the fact that it disregarded the relevance and binding character of the decisions made by the Interamerican Human Rights Court for the States signatories of the Interamerican Human Rights Convention. Drawing from academic works of the Justices that were part of the majority, the author points out to the main critical aspects of their perspectives such as a mistaken conception of political community and interpretative community that they defend. Saba also applies the notion of law as integrity to suggest a possible alternative solution for the interpretative dispute between national and international tribunals arguing in favor of the importance of judicial dialogue as a means for identifying the meaning of fundamental rights and principles established in the Constitution and in the international treaties of human rights.

Keywords: International Law, Human Rights, Interpreting the Constitution, Jurisdictional Dialogue, Integrity Law, Constitution.

El 14 de febrero de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un pronunciamiento cuyas consecuencias probables podrían retrotraer algunos avances producidos en materia de protección de derechos humanos a una fecha cercana a la de las doctrinas citadas por el tribunal y que datan de tiempos anteriores a la Segunda Guerra Mundial, a la terrible experiencia del Holocausto, a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, a

la firma del Pacto de San José de Costa Rica por nuestro país, a las lecciones dejadas por la trágica y traumática experiencia de la última dictadura militar, a las decisiones tomadas por el primer gobierno democrático posdictadura presidido por el Dr. Raúl Alfonsín en materia de derecho internacional de derechos humanos, a la reforma constitucional de 1994 y a la jurisprudencia de la propia Corte en ese mismo campo hasta hace unos pocos meses. La sorpresiva decisión de la Corte requiere un análisis minucioso de sus fundamentos, tanto para comprender su alcance actual, así como su posible impacto en el futuro.

El 25 de septiembre de 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda del Sr. Carlos Menem en la que este reclamaba una compensación por los daños y perjuicios supuestamente provocados por una publicación llevada a cabo por la *Revista Noticias* (Editorial Perfil) de la que eran legalmente responsables los Sres. Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico.¹ La nota periodística se refería a la presunta existencia de un hijo no reconocido del que fuera al momento de la publicación Presidente de la Nación, quien alegó que aquella nota periodística afectaba su derecho a la intimidad previsto en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Por su parte, los demandados alegaron que la aplicación de una condena pecuniaria por daños y perjuicios implicaba la afectación de su derecho a la libertad de expresión por medios indirectos. Según estos, por un lado, la calidad de funcionario público que detentaba el Sr. Menem al ostentar la primera magistratura del país, lo colocaba en situación de ver reducida la protección de su intimidad y privacidad. Además, la dimensión social de la libertad de expresión, según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación² y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³ implica la protección del derecho a recibir información por parte de la ciudadanía, la cual se encuentra obligada a someterse a los dictados del Presidente de la República y por ello puede

1. Caso *Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil SA y otros s/ daños y perjuicios sumario*, Fallos 324:2895.

2. Casos *Ponzetti de Balbín* (Fallos 306:1892), *Morales Solá* (Fallos 319:2741), entre otros.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

someterlo a escrutinio público. La Corte argentina, al confirmar el fallo de la Cámara, dio la razón a los argumentos del demandante, aunque redujo el monto de la condena pecuniaria. Por su parte, los demandados llevaron su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que a su vez lo elevó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual emitió su sentencia el 29 de noviembre de 2011 y en ella falló a favor de la que fuera demandada en sede nacional, ya en su calidad de denunciante ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Allí, el tribunal internacional alegó que el Estado argentino, por medio de la sentencia del máximo tribunal del país, incurría en responsabilidad internacional por violar el derecho a la libertad de expresión de los afectados según lo establece el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripto por la Argentina el 2 de febrero de 1984 y ratificado por el Congreso de la Nación el 14 de agosto de ese año. En la parte resolutive de la sentencia internacional, el tribunal ordenó que el Estado argentino debía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias”. La decisión de la Corte Interamericana surge de la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La primera de esas cláusulas establece que los Estados parte de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. La segunda ordena que en caso que el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Así, cuando, por ejemplo, la violación de la Convención se produce por una ley sancionada por el Congreso Federal, la obligación del Estado firmante que se desprende del art. 2 es la de modificar esa legislación para hacerla compatible con el compromiso internacional adquirido por el Estado. O, para dar otro ejemplo, si un derecho reconocido en la Convención no pudiera ejercerse por la existencia de una norma emanada del Poder Ejecutivo, este deberá modificarla o derogarla para cumplir con su obligación de “hacer efectivos” los derechos y libertades reconocidos en la Convención. En el caso *Fontevecchia y otros c. República Argentina* la “medida” del Estado que afectaba según la Corte Interamericana el derecho

a la libertad de expresión del denunciante era precisamente la sentencia de la Corte Suprema Argentina que *interpretaba* que el derecho de daños aplicado imponía límites al ejercicio de la libertad de expresión que entraban en conflicto con este derecho reconocido en el Pacto de San José. De este modo, la Corte Interamericana entendió que el derecho a la libertad de expresión de Fontevecchia y de D’Amico –y de todos los que se encontrasen en una situación similar– resultaba lesionado por la decisión de la Corte Suprema contenida en su fallo de 2001, por lo que dejar sin efecto esa sentencia –y la interpretación del art. 14 de la Constitución Nacional y el 13 de la Convención Americana incluida en ella– era la “medida de otro carácter” exigida por el art. 2 de la Convención.

En 2016, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación le envió un oficio a la Corte Suprema para que, en cumplimiento de ese mandato, procediera a “dejar sin efecto la condena civil”, a lo que el máximo tribunal de la Nación respondió negativamente el 14 de febrero de 2017.⁴ El argumento central para fundamentar esta decisión fue que la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia de la Corte Interamericana no fue dictada dentro del marco de sus atribuciones previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que no podía ser cumplida por la Corte Suprema a la luz del ordenamiento constitucional nacional. Antes de analizar la sentencia, es necesario hacer algunas referencias conceptuales y contextuales respecto del significado y la relevancia de los tratados internacionales de derechos humanos y su relación con la protección constitucional de esos derechos.

Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos como mecanismos de protección de los mismos derechos

En *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Norberto Bobbio presenta una breve historia de la protección de los derechos humanos en la que distingue tres etapas que podrían observarse a nivel global en Occidente, y

4. CSJ 368/1998 (34-M) / CS1. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 14 de febrero de 2017.

que serían perfectamente aplicables al caso de Argentina.⁵ En la primera fase, que se corresponde con los siglos XVII y XVIII, surgen, como parte de una estrategia fundamental de defensa de derechos, diferentes teorías filosóficas tendientes a justificar su existencia y el necesario respeto por parte de la autoridad pública, así como también de terceros. Los escritos de pensadores como John Locke y Jean Jacques Rousseau sientan las bases para articular una defensa fundada de las libertades individuales contra el ejercicio del poder por parte de una tiranía. En una segunda etapa, que podría tener sus hitos en 1688, 1789 y 1776 con las revoluciones antimonárquicas o antiimperialistas de Inglaterra, Francia y Estados Unidos respectivamente, se procede, según Bobbio, a la positivización de esos derechos que habían sido defendidos previamente por vía argumentativa. Así, el autor afirma que “en este paso la afirmación de los derechos del hombre gana en concreción, pero pierde en universalidad” limitando su protección a las fronteras del Estado que los reconoce.⁶ Se inicia así una fase en la que se persigue su constitucionalización a nivel nacional y que tendrá como momentos de referencia la incorporación de las primeras diez Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, también conocido como *Bill of Rights* (1791), el movimiento constitucionalista de Europa continental de 1790 a 1870 y, en el caso de nuestro país, la Constitución sancionada en 1853 con su reforma de 1860. Este reconocimiento de los derechos humanos en el derecho positivo nacional se vio acompañado, en algunos casos, como el de los Estados Unidos o el de la Argentina, por el establecimiento de un control judicial de constitucionalidad que haría efectivo el límite impuesto por la norma fundamental contra el poder político democrático. Menos de un siglo después, una de las democracias constitucionales más sofisticadas del mundo, la República de Weimar, no pudo contener la marea tiránica del nazismo y la humanidad fue testigo de un hecho terrible sin precedentes en la historia moderna de la civilización occidental: el Holocausto. El continente que había gestado la Ilustración no pudo anticipar y evitar el surgimiento del mal radical y la pérdida de millones de vidas como consecuencia de un plan de exterminio perpetrado por un gobierno que se desprendió de los límites impuestos

5. Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1992, Capítulo 4.

6. Id., p. 135.

por el derecho constitucional. Luego de la derrota de Hitler y como consecuencia del aprendizaje dejado por esa traumática experiencia global, prosigue Bobbio, presenciamos el surgimiento de una nueva etapa, que de algún modo combina las aspiraciones de las dos anteriores: la de la positivización universal de los derechos como expresión de una innovadora estrategia de prevención de graves violaciones a los derechos humanos. Frente a la posibilidad de que las democracias constitucionales pudieran fracasar en la contención de un gobierno constitucional que pusiera en riesgo o amenazara los derechos y libertades de las personas, los Estados se comprometerían entre sí a respetar esos derechos so pena de incurrir en responsabilidad internacional frente a otros Estados de la comunidad internacional. El concepto de soberanía política gestado a la sombra de la Paz de Westfalia en 1642 empezaría a ceder paso a un sistema global de protección de derechos. Nacen entonces la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) y se gestan sistemas de protección regional, como por ejemplo el Interamericano, por medio de la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), con sus dos órganos de aplicación: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 1994, luego de una feroz dictadura, Argentina reformó su Constitución y procedió a poner en marcha una cuarta etapa que Bobbio no anticipó: la de la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos. Este movimiento no tuvo solo una función expresiva,⁷ sino que buscaba un objetivo muy concreto: forzar a los jueces, reacios a ver los compromisos internacionales de derechos humanos como derecho “duro” y aplicable en casos concretos, a incorporar en el fundamento de sus sentencias esos compromisos internacionales. Los magistrados, formados en el paradigma constitucional clásico, aceptaban casi sin objeción alguna desde 1887 –cuando la Corte Suprema decidió el caso “Sojo”–⁸ su obligación de ejercer el control judicial de

7. Carlos Rosenkrantz entiende que la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional en la reforma de 1994 fue expresiva, y cita para dar fundamento a su lectura la intervención de la Constituyente Alicia Oliveira. Véase Carlos F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’ y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295.

8. *Fallos*, 32:120.

constitucionalidad. Una vez otorgada constitucionalmente jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos por medio del nuevo art. 75, inc. 22, era de esperar que los jueces aplicarían con igual fluidez el contenido de esos compromisos al ejercer el control de constitucionalidad. Y así sucedió. Seguramente, en la mayoría de los casos, gracias a la insistencia de los litigantes, muchas veces organizaciones de la sociedad civil comprometidas con la adhesión y cumplimiento de esos convenios internacionales por parte del Estado argentino, los tribunales comenzaron a aplicar el derecho internacional de los derechos humanos como ley suprema de la Nación. Desde el célebre caso “Viceconte” decidido en 1998 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo en el que se fundó la obligación “de hacer” del Estado en materia de derechos sociales sobre la base del principio de progresividad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁹ hasta el caso “Simón” decidido por la Corte Suprema de Justicia en materia de crímenes de lesa humanidad en 2005,¹⁰ por citar dos hitos relevantes de esa jurisprudencia, la reforma de 1994 cambió, parecía que para siempre, el paisaje jurídico argentino en materia de derechos humanos y la justicia argentina fue líder global en la incorporación de las consecuencias de esos compromisos internacionales a la decisión de casos nacionales.

Por su parte, el proyecto constitucional argentino nace, en palabras de Juan B. Alberdi, con plena conciencia de la íntima relación que existe entre el compromiso de una comunidad política asumido en su norma fundamental y el paralelo compromiso asumido respecto de esos mismos principios y derechos con otros Estados por medio de tratados internacionales. Alberdi no veía ambos compromisos como esferas aisladas y desconectadas entre sí, sino como dos expresiones de una misma y única adhesión a los mismos principios fundamentales que nos dan identidad como comunidad:

Firmad tratados con el extranjero en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de

9. *Viceconte, Mariela C. c/ E.N. -Mº de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986*, 2 de junio de 1998, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, Sala 04.

10. *Fallos* 328:2056.

adquisición y de tránsito, les serán respetados. Esos tratados serán la más bella parte de la Constitución (...) Para que esa rama del derecho público sea inviolable y duradera, firmad tratados por término indefinido o prolongadísimo. No temáis encadenaros al orden y a la cultura. Temer que los tratados sean perpetuos, es temer que se perpetúen las garantías individuales en nuestro suelo (...).¹¹

Alberdi, lejos de ver a los tratados o al derecho internacional como una amenaza a la consolidación de nuestra cultura constitucional, los veía como un reaseguro de su estabilidad:

Nuestra política (...) debe promover y buscar los tratados de amistad y comercio con el extranjero, como garantías de nuestro régimen constitucional. Consignadas y escritas en esos tratados las mismas garantías de derecho público que la Constitución dé al extranjero espontáneamente, adquirirán mayor fuerza y estabilidad. Cada tratado será un ancla de estabilidad puesta a la Constitución. Si esta fuese violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias de ello; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra. Nada más erróneo, en la política exterior de Sud América, que la tendencia a huir de los tratados.¹²

Desde 1853 al presente, la evolución de la concepción de los derechos humanos y de sus mecanismos de protección ha sido el reflejo de los enormes cambios que la humanidad ha experimentado en su autopercepción. En 2002 el filósofo Peter Singer publicó su clásico libro *One World*, del que publicó en 2016 una nueva versión corregida y actualizada bajo el título de *One World Now*.¹³ Allí el autor recorre diferentes escenarios globales en los que

11. Juan Bautista Alberdi, *Bases*, párr. XV.

12. Juan Bautista Alberdi, *Bases*, párr. XXXIV. Para un punto similar al aquí presentado véase Leonardo G. Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.

13. Peter Singer, *One World Now. The Ethics of Globalization*, New Haven, Yale University Press, 2016.

argumenta a favor de la necesidad de considerar al planeta entero como una unidad que padece problemas que solo pueden ser tratados o resueltos con estrategias globales. Uno de los capítulos de esa obra, titulado “One Law” o “Un solo derecho”, se refiere justamente a los procesos que señalaba Bobbio en su tercera fase de positivización universal de los derechos humanos. Según Singer, existen registros de genocidios desde tiempos bíblicos, sin embargo, no fue hasta luego del Holocausto que la comunidad internacional ha ensayado con instrumentos de derecho internacional para intentar evitar que un nuevo genocidio sea perpetrado. Este proceso, no obstante, no estuvo carente de obstáculos, entre ellos, la noción misma de soberanía estatal. Sin embargo, Singer afirma que:

Una verdadera ética global no se detendría o les daría gran significancia a las fronteras nacionales. La soberanía del Estado no tiene peso moral *intrínseco*. El peso de la soberanía estatal deviene del rol que desempeña el principio internacional que exige respeto al Estado soberano, en circunstancias normales, para promover relaciones pacíficas entre Estados. Es un principio secundario, una regla de oro que se agrega a la experiencia ganada de muchas generaciones en torno a evitar la guerra. Esto no implica negar que en este mundo en que vivimos, el principio de soberanía estatal no tenga una gran importancia (...) aunque continuamos viviendo en un mundo de Estados soberanos y que estamos lejos de abrazar una verdadera ética global, la soberanía del Estado ya no es un absoluto. Además de un mundo de Estados soberanos, contamos con una comunidad global que desea, cuando ello sea practicable y siempre que no implique un costo demasiado alto, asumir la responsabilidad de proteger a las personas en cualquier parte del mundo del genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad si el gobierno que tiene la responsabilidad primaria de protegerlos manifiestamente no lo hace. El mundo ha visto las horribles consecuencias del fracaso de los Estados en proteger a sus ciudadanos, y hay hoy un amplio consenso a favor de la creencia en la existencia de un deber de prevenir esas atrocidades si ello es posible.¹⁴

14. Singer, p. 172. La traducción es mía.

Singer concluye, citando a Gareth Evans, que “la cruda noción de la soberanía westafaliana que sostiene que un Estado debería ser inmune al escrutinio internacional y a una posible intervención, no importa el tamaño del horror que tuviera lugar dentro de sus fronteras” ya no existe y jamás podrá volver a defenderse.¹⁵

Ni la Corte Suprema argentina como colectivo en su composición actual, ni ninguno de sus miembros individualmente, tanto en sus escritos académicos como en sus decisiones como magistrados, se han pronunciado en contra del derecho internacional o a favor de que el Estado argentino desconozca sus compromisos internacionales de un modo genérico. Sin embargo, la respuesta que emitió el tribunal al oficio de la Cancillería argentina en el marco de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fonteviechia vs. Argentina* expresa la convicción del tribunal supremo nacional de que en ciertos casos el Estado argentino no se encontraría sometido a esos compromisos. La decisión de la Corte Suprema de no acatar la orden emanada del tribunal internacional sobre la base de que ello le resulta imposible por la aplicación de una interpretación particular de las normas de derecho interno, fundamentalmente de la Constitución Nacional, implica que cuando la Corte Interamericana considere que el compromiso internacional fue desconocido por el Estado argentino por medio de un pronunciamiento del Poder Judicial, o más precisamente de la Corte Suprema, ese compromiso puede ser ignorado si ello implica revocar una de sus propias decisiones. Este es el severo problema que surge a partir de la respuesta de la Corte Suprema a la Cancillería y que analizaré en las siguientes secciones.

Orden Público Constitucional: Supremacía de la Corte o Supremacía de los Derechos Constitucionales

En su respuesta al Ministerio de Relaciones Exteriores la Corte afirmó que “se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino

15. *Ibidem*. Véase Gareth Evans, “R2P: The Next Ten Years”, en Alex Bellamy and Tim Dunne, eds., *Oxford Handbook of the Responsibility to Protect*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este” y ello, según la propia Corte Suprema, se desprende del art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual “Los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. También cita el voto de la jueza Highton de Nolasco en el caso “Espósito”, quien sostuvo que, en referencia a un fallo de la Corte Interamericana, “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.¹⁶ Ese “en principio” deslizado por la Corte en su respuesta al Ministerio en el caso “Fontevecchia”, toma cuerpo cuando a renglón seguido el tribunal afirma que “Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”.¹⁷ Pero esa excepción al cumplimiento de los fallos del tribunal internacional no surge del tratado firmado por la Argentina, en cuyo art. 67 se establece que “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”. El Estado argentino no realizó ninguna presentación en el plazo previsto y, desde el punto de vista del tratado suscripto por el Estado no surge ningún alcance particular o excepcional respecto la obligación internacional asumida por la Argentina a acatar las decisiones de la Corte Interamericana. La Corte Suprema decide entonces no acatar el mandato contenido en el apartado “a” de la parte resolutive de la decisión de la Corte Interamericana en virtud de dos argumentos: a) que considera que este tribunal internacional se extralimitó en sus atribuciones y b) que esa orden no puede ser cumplida por la Corte Suprema “a la luz del ordenamiento constitucional nacional”.¹⁸ Estas dos justificaciones para no acatar la decisión del tribunal internacional son diferentes entre sí, pero guardan

16. Fallos 327:5668, cons. 6to.

17. Respuesta “Fontevecchia”, cons. 6to.

18. Cons. 7mo.

íntima relación. Por un lado, la segunda solo tendría sentido si la primera no fuera correcta: si el tribunal internacional era competente para tomar la decisión que adoptó, entonces no sería posible para el tribunal nacional alegar normas de derecho interno para no cumplir con la sentencia. La Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados impide al Estado argentino alegar justamente lo que la Corte Suprema esgrime como argumento, pues su art. 27 ordena que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, en este caso el art. 68. 1 de la Convención Americana. Por otro lado, si la Corte Interamericana no fuera competente para ordenar lo dispuesto en el apartado “a” de su sentencia, entonces no tiene sentido alegar el carácter de imposible cumplimiento de lo ordenado a la luz de normas constitucionales. Es posible que la Corte Suprema haya recurrido a los dos argumentos considerando que el segundo sería subsidiario al primero, de modo que aun cuando por hipótesis la Corte Interamericana no se hubiera excedido en sus competencias, entonces la Corte Suprema argentina no podría cumplir con lo ordenado porque no se lo permite el derecho interno. Analicemos la decisión de la Corte Suprema a la luz del segundo argumento que creo que es el más relevante por sugerir una posición novedosa –y preocupante– de la Corte Suprema en su nueva composición sobre la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y la protección constitucional de esos mismos derechos.

Debemos buscar las razones profundas de esta decisión de la Corte Suprema en el considerando 18 de la respuesta al Ministerio, pues es allí donde despunta su teoría acerca del modo en que concibe la relación entre algunas normas de derecho constitucional y las obligaciones contraídas en sede internacional. En ese párrafo la Corte Suprema afirma que “Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara trasgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional” y subraya que:

Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina expresada, por ejemplo, en la denominada “fórmula argentina” –sostenida en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907 por los delegados Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta– mediante la cual se excluían de los tratados de arbitraje obligatorio las cuestiones que afectaban a la Constitución de

cada país. Esta fórmula ‘ha nacido de los términos y del espíritu de nuestra Constitución, los que no podían ser desvirtuados por ningún tratado sin exponerse a caer en nulidad.’¹⁹

La Corte Suprema refuerza el punto expresando que:

En el mismo sentido se expresó Joaquín V. González al sostener que “(...) un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional (...) restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos en la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos.

La cita corresponde al Diario de Sesiones del Senado de 1909 y no parece ser adecuada, pues podría ser utilizada justamente para fundar la decisión opuesta a la adoptada por la Corte Suprema. Si bien es cierto que este tribunal la utiliza para respaldar su posición de que la decisión de la Corte Interamericana, con su orden de revocar el fallo de la Corte nacional, pone en evidencia su menosprecio por el mandato constitucional que la convierte en suprema, no es menos cierto que, en sintonía con el principio que subyace a la afirmación de Joaquín V. González, lejos de “alterar la supremacía la Constitución Nacional” “restringiendo los derechos civiles y políticos” “suprimiendo” o “disminuyendo” las garantías constitucionales, la decisión de la Corte Interamericana, al interpretar el alcance de la libertad de expresión del modo en que lo hizo en el caso *Fontevicchia vs. Argentina* estaba contribuyendo a mantener la supremacía constitucional en lo que respecta a la protección de ese derecho en cabeza del demandado en sede nacional –y denunciante en sede internacional– *contra* una decisión de la Corte Suprema argentina que en 2001 había fallado en su contra. Siguiendo el razonamiento de la propia Corte y la postura citada de Joaquín V. González, es aquí la Corte Suprema argentina con su decisión de 2001 la que “alteró la supremacía la Constitución Nacional” “restringiendo los derechos civiles y políticos” “suprimiendo” o “disminuyendo” las garantías constitucionales, y fue gra-

19. Carlos Saavedra Lamas, “En torno a la Constitución que nos rige”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1957, p. 21.

cias al compromiso internacional consistente con el mandato constitucional en lo que se refiere a la protección de la libertad de expresión y al fallo de la Corte Interamericana que se mantuvo incólume la supremacía constitucional en lo que se refiere a la protección de la libertad de expresión. La única amenaza a esos derechos y a la supremacía de la Constitución en cuanto a la protección de la libertad de expresión surge a partir de la interferencia que en este caso implica la postura rebelde de la Corte Suprema expresada en su respuesta al Ministerio de Relaciones Exteriores. El máximo tribunal del Poder Judicial argentino identifica la supremacía constitucional solo en lo que se refiere a su supuesta competencia definitiva e irrevisable, pero no en lo que respecta a la vigencia y supremacía de las libertades que evocaba Joaquín V. González. ¿Es posible que la Corte Suprema, para salvaguardar su carácter de suprema dentro del sistema judicial argentino otorgado por el artículo 108 de la Constitución Nacional sacrifique no solo la responsabilidad internacional del Estado argentino, sino el derecho a la libertad de expresión de sus ciudadanos consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional? Cuando la Corte Suprema alega que la decisión de la Corte Interamericana atenta contra el orden público constitucional, identifica a este con el reconocimiento constitucional de la supremacía del tribunal, pero no con la supremacía de las libertades reconocidas en la misma Constitución.

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia sobre dos cuestiones, una de fondo –el alcance de la protección de la libertad de expresión– y otra, implícita, sobre competencias –asumiendo que puede imponer a la Corte Suprema su decisión de revocar la sanción civil contra Fontevéchia–. La Corte Suprema, en espejo, se pronuncia sobre las mismas dos cuestiones, pero lo hace explícitamente sobre las competencias de ambos tribunales –sosteniendo que su carácter de suprema le impide obedecer al tribunal internacional– e implícitamente sobre el modo en que debe interpretarse el alcance del derecho a la libertad de expresión negándose –y en consecuencia adhiriendo– a la interpretación de ese derecho y de sus límites realizada por el tribunal en su composición de 2001. En cuanto al fondo del caso *Fontevéchia vs. Argentina*, la Corte Interamericana interpreta el alcance del derecho a la libertad de expresión previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, derecho que también se encuentra previsto en la Constitución Nacional en su artículo 14. Por otra parte, al ordenar “dejar sin efecto la condena civil” que quedara firme a nivel nacional luego de la sentencia de la Corte Suprema

en su fallo de 2001, asume que tiene competencias para dar esta orden al Estado argentino, el cual, por medio de su Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores que cursa la comunicación a la Corte Suprema) y de su máximo tribunal, entienden que esa orden está dirigida a este último, lo cual no surge expresamente de la sentencia de la Corte Interamericana que solo indica “dejar sin efecto la sanción civil”. Aunque es comprensible que ambos poderes llegaran a esa conclusión a partir del hecho de que parece lógico que la acción de dejar sin efecto –o revocar– una sentencia le debiera corresponder, si fuera posible, al mismo órgano que la emitiera. Si la Corte Suprema tuviera razón y ello no le fuera posible “a la luz del ordenamiento constitucional nacional”, entonces podría interpretarse que no es tan claro que la orden estaba dirigida a ese tribunal, pues si no tiene las facultades para hacer lo solicitado, quizá la orden no estaba dirigida a él. Esto abre una discusión acerca de si la Cancillería argentina hizo lo correcto al enviar el oficio a la Corte Suprema, sabiendo que existirían obstáculos formales a la revocatoria de la sentencia. ¿Podría haber hecho otra cosa? Es posible, pero no me detendré en este contrafáctico en este trabajo.

En cualquier caso, lo más interesante y preocupante de la “respuesta” de la Corte a la Cancillería –pues en términos estrictos no se trata de un “fallo” o “sentencia”– no yace en la negativa a cumplir con la sentencia de la Corte Interamericana, sino en los fundamentos e implicancias de la justificación de esa negativa. La Corte Suprema argentina no solo se niega a revocar su decisión impugnada por la Corte Interamericana, sino que elabora algunas premisas que podrían tener implicancias respecto del modo en que el Estado argentino –del que obviamente la Corte Suprema forma parte– cumplirá de aquí en más con sus compromisos internacionales de derechos humanos o de otro tipo. En suma, la respuesta de la Corte Suprema al Poder Ejecutivo dispara un debate complejo sobre el valor del derecho internacional en el sistema jurídico argentino y la forma en la que este será considerado por el Poder Judicial al tener que decidir sobre su aplicación. Si se procedió de este modo en un caso que se refería a la aplicación de un tratado de derechos humanos que tiene, de acuerdo con el art. 75, inc. 22 de la Norma Fundamental del país, jerarquía constitucional, el interrogante crece exponencialmente respecto de compromisos que no tengan esa jerarquía, como por ejemplo los tratados bilaterales de libre comercio o los de integración.

Autogobierno y cultura constitucional

Como sostuve más arriba, la Corte Interamericana decidió dos cuestiones en el caso “Fontevicchia”. La primera se refiere a la interpretación que debe dársele al art. 13 de la Convención Americana determinando el alcance del derecho a la libertad de expresión en el sentido de que este no puede restringirse en virtud del respeto de la intimidad o privacidad de un funcionario público aplicando una condena civil. La segunda consiste en considerar que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la Convención, la Argentina como Estado firmante de la Convención tiene el deber de adoptar medidas para cumplir con el art. 13, y que de acuerdo con el art. 68 la Argentina debe cumplir con la decisión de la Corte Interamericana de revocar la sentencia de la Corte Suprema que es la “medida” que entra en conflicto con el art. 13. A juzgar por la decisión del Ministerio de Relaciones Exteriores de enviar el oficio al máximo tribunal nacional, es posible afirmar que el Poder Ejecutivo entendió que era este el encargado de llevar a cabo esa acción. La respuesta de la Corte Suprema al Ministerio se centra íntegramente en la segunda cuestión –la competencia– y se desentiende totalmente de la primera –la preservación del derecho a la libertad de expresión de la denunciante en el caso internacional–. Probablemente, en forma implícita, la Corte nacional está afirmando que no puede hacer nada respecto de la protección de la libertad de expresión de Fontevicchia y D’Amico justamente porque no tiene competencias para revocar su propia decisión en un caso que resulta alcanzado por la cosa juzgada. Sin embargo, la cosa juzgada no protege a Fontevicchia y D’Amico ni al Estado nacional, ambas partes del caso internacional, solo a Menem, que no es parte en este nuevo pleito entre los denunciantes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado argentino, por lo que no es tan claro que la Corte Suprema no pueda revocar la sentencia, al menos no bajo el argumento de la cosa juzgada y en lo que se refiere a la afectación del derecho a la libertad de expresión de los denunciantes. Es más, basado en un sugerente encuadre de la situación, cuando se le corrió traslado a Menem del oficio del Ministerio a la Corte Suprema conteniendo la orden de la Corte Interamericana de revocar la sentencia, éste alegó que no creía que tuviera que intervenir pues no era parte en este *nuevo litigio* entre los denunciantes y el Estado. Si el problema no reside en la remoción de una alegada cosa juzgada, ¿cuál es el verdadero problema que parece identificar la Corte Suprema en su respuesta al

Ministerio de Relaciones Exteriores? Arriesguemos una hipótesis: la Corte cree que la revocación de su propia sentencia implica el reconocimiento de la autoridad de la Corte Interamericana para imponer en el ordenamiento jurídico argentino su interpretación del alcance de la libertad de expresión desplazando las interpretaciones de la Constitución Nacional realizadas por la Corte Suprema. La Suprema Corte nada dice en su respuesta al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre este punto, pero se desprende de su negativa que no está dispuesta a aceptar que la interpretación del derecho constitucional a la libertad de expresión, que es también un derecho reconocido en la Convención Americana, sea impuesta por un tribunal internacional, al que uno de los ministros firmantes considera extranjero.²⁰

La respuesta de la Corte Suprema al Poder Ejecutivo fue interpretada por algunos autores y activistas de derechos humanos de la Argentina y de la región como un desconocimiento casi completo de las obligaciones internacionales de la Argentina en materia de derechos humanos,²¹ o al menos un

20. Carlos F. Rosenkrantz, “En contra de los *Préstamos* y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295. Véase también el comentario de Leonardo Filippini llamando la atención sobre el hecho de que el derecho internacional no es derecho extranjero cuando es suscripto por el Estado argentino en Leonardo G. Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202. También véase la respuesta de Rosenkrantz a Filippini donde confirma y refuerza su noción de derecho internacional como derecho extranjero incluso y particularmente cuando es suscripto por el Estado nacional, en Carlos F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de *Simón y Mazzeo*)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005).

21. Claudio Nash Rojas, “Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?”, en <http://dialogojurisprudencial.org/columnas.php#columna6>, 15 de marzo de 2017; Centro de Estudios Legales y Sociales, *Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH. Sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fontevecchia y otros c/ República Argentina”*, 18 de febrero de 2017, disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels%20sobre%20fallo%20fontevecchia%20.pdf>; Víctor Abramovich, La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino, en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2017/02/victor-abramovich-sobre-el-caso.html>;

primer paso en ese sentido acercando a este país a las posturas nacionalistas, soberanistas y aislacionistas adoptadas por Venezuela bajo la presidencia de Chávez, o las que estuvieron coqueteando los gobiernos de Rafael Correa en Ecuador, Dilma Rousseff en Brasil y Cristina Fernández de Kirchner luego de la medida cautelar emitida por la Comisión Interamericana en el caso de “Bello Monte”.²² Claudio Nash, por ejemplo, ha dicho que “esta es una sentencia regresiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (pensando en el caso “Espósito” de 2004). No tiene base en el derecho internacional público ni en el DIDH. Pero lo que es más grave aún, pone a la Argentina en un grupo de Estados que, con matices, han intentado limitar los alcances de la competencia de la Corte Interamericana: el Tribunal Supremo de Venezuela, que ha señalado que no se pueden cumplir las sentencia de la Corte Interamericana que contravengan la Constitución Venezolana y las sentencias del propio Tribunal; el anterior gobierno corrupto de Guatemala que planteó ante la Corte Interamericana la decisión (hoy revocada) de incumplir las sentencias condenatorias de dicha Estado; y, República Dominicana, donde su Tribunal Constitucional también ha señalado que no se deben cumplir las sentencias de la Corte Interamericana que sean contrarias a las sentencias de dicho Tribunal nacional. El denominador común es un neosoberanismo, donde se intentan limitar los controles internacionales en materia de derechos humanos, haciéndolos ineficaces”.²³

Por los fundamentos de la Corte Suprema y las posturas que como académicos han sostenido algunos de sus miembros, considero que la perspectiva del tribunal guarda más relación con el excepcionalismo que en materia de derecho internacional de los derechos humanos han defendido algunos autores de los Estados Unidos y con la postura de los jueces conservadores

Eugenio R. Zaffaroni, *INFOBAE*, 17 de febrero de 2017; Andrés Gil Domínguez, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, Revista *La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 1-4, p. 1.; Alberto L. Zuppi y Rodrigo Dellutri, “Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan”, Revista *La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, Buenos Aires, pp. 22-24.

22. Véase BBC News, “Brazil rejects request to halt Belo Monte dam in Amazon”, disponible en <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-12990099>.

23. Claudio Nash Rojas, “Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?”, en <http://dialogojurisprudencial.org/columnas.php#columna6>, 15 de marzo de 2017.

del tribunal supremo de ese país, como por ejemplo la de Antonin Scalia, en relación con el derecho internacional y extranjero, que con una especie proyecto aislacionista. Michael Ignatieff distingue tres tipos de excepcionalismo (*exceptionalism*) en el marco del debate estadounidense: el primero se caracteriza por considerar que el derecho internacional debe ser apoyado por los Estados Unidos pero que este país no se encuentra alcanzado por sus mandatos (*exemptionalism*). El segundo se identifica con una postura de doble estándar, consistente en criticar a aquellos Estados que no obedecen el derecho internacional o a sus órganos de aplicación, pero al mismo tiempo ignorar el modo en que ese derecho internacional impone obligaciones sobre los Estados Unidos. El tercer tipo de excepcionalismo es bautizado por Ignatieff como *aislacionismo jurídico*, y se identifica con la práctica de los jueces estadounidenses de ignorar el derecho y la jurisprudencia producida por tribunales extranjeros o internacionales.²⁴ En una línea similar, Frank Michelman y Harold Koh también se han referido a la postura de los jueces estadounidenses que se autoperciben fuera de lo que Anne-Marie Slaughter llama la “conversación judicial global”.²⁵

Si bien es posible comprender e incluso compartir aquella preocupación que ha recorrido la región desde que la Corte respondió al Ministerio aquel 14 de febrero de 2017, considero que el problema que presenta la postura de la Corte Suprema es más acotado, aunque no por ello menos alarmante. Entiendo que la resistencia a cumplir con la decisión de la Corte Interamericana, y por ende con la Convención Americana de acuerdo a cómo esta es interpretada por ese tribunal, se circunscribe al accionar de la Corte Suprema y, quizá del resto del Poder Judicial Federal y Provincial de Argentina, no alcanzando al resto de los poderes y autoridades políticas del país, las cuales no solo no han compartido la postura de la Corte Suprema, sino que han dado señales por acción o por omisión de querer cumplir con

24. Michael Ignatieff, “American Exceptionalism and Human Rights”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 1-26, en pp. 3-11.

25. Harold Hongju Koh, “America’s Jekyll-and-Hyde Exceptionalism”; Frank Michelman, “Integrity-Anxiety”; y Anne-Marie Slaughter, “A Brave New Judicial World”, todos en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 198-222; pp. 241-276; pp. 277-303, respectivamente.

la sentencia del tribunal internacional.²⁶ De ser así, el problema que nos preocupa sería más limitado en sus alcances, aunque no por ello sería menos relevante, pero creo que permite encuadrar el objeto de la discusión con mayor precisión.

La postura de la Corte al responder al Ministerio de Relaciones Exteriores fue suscripta por cuatro de los cinco jueces. Es difícil interpretar el verdadero alcance de la postura del Tribunal a partir de las posiciones de dos de los magistrados firmantes, pues ellos, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton, parecen haber cambiado de posición respecto de sentencias anteriores²⁷ y, al no haber ofrecido argumentos propios en esta respuesta al Ejecutivo ni haber expresado las razones del cambio de postura, son inciertas sus motivaciones y fundamentos. Es más, el último fallo en el que estos jueces se pronunciaron dentro de esa línea jurisprudencial fue *Mohamed* en 2015, que además fue decidido por unanimidad. Allí se acordó seguir el dictado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mohamed vs. Argentina* y suspender los efectos de una sentencia penal:

VI. Que a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional y ordenar a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que, por intermedio de quien corresponda, designe una nueva sala de ese tribunal para que proceda a la revisión de la sentencia en

26. Sobre el problema del conflicto entre los tribunales internacionales y los tribunales supremos nacionales, como el que se presenta en este caso, véase Mónica Pinto, "National and International Courts: Deference or Disdain", 30 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 247.

27. Casos *Cantos* (2003), *Espósito* (2004), *Derecho* (2011), *Carranza Latrubesse* (2013) y *Mohamed* (2015), véase Gil Domínguez, p. 3.

los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁸

Quizá podamos, sin embargo, encontrar algunos indicios sobre el alcance de la decisión en las posiciones de los otros dos magistrados firmantes que coinciden con las nuevas incorporaciones al tribunal realizadas en 2016 y que, además, anticipan la posible línea que seguirá la Corte en tanto se mantenga el aparente liderazgo de estos jueces en el cuerpo en lo que respecta a esta temática. Si bien al actuar como magistrados del máximo tribunal del país sus posturas resultarían seguramente afectadas por los casos específicos que deben decidir y por las deliberaciones al interior del cuerpo con sus colegas, ambos nóveles jueces llegan a la Corte luego de desarrollar exitosas carreras académicas con una generosa producción publicada. Sus escritos como juristas ofrecen algunas pistas que ayudarían a comprender sus posiciones como jueces.

El oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores en el caso “Fontevéchia” no fue la causa que hizo pensar al juez Carlos Rosenkrantz por primera vez sobre la relación existente entre el derecho internacional y el derecho constitucional o, para ser más preciso, sobre la autoridad de las sentencias de los tribunales internacionales en general y las de la Corte Interamericana en particular. Así, Rosenkrantz publicó en 2005 en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* un artículo titulado “En contra de los ‘Préstamos’ y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”²⁹ en el que desarrolla su tesis acerca de las razones por las que los tribunales nacionales, y en especial la Corte Suprema, no debería recurrir a la jurisprudencia extranjera para justificar sus decisiones, asimilando llamativamente bajo el mismo rótulo de “extranjera” a la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los que el Estado argentino reconoció jurisdicción por medio de tratados internacionales como por ejemplo la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. Leonardo Filippini criticó, entre otros puntos, esta

28. Véase en coincidencia con este punto Gil Domínguez, p. 3.

29. Carlos F. Rosenkrantz, “En contra de los *Préstamos* y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295.

asimilación,³⁰ a lo que Rosenkrantz respondió en la misma *Revista* con su artículo titulado “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de *Simón y Mazzeo*)”,³¹ donde critica más específicamente la utilización “autoritativa” de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente el caso “Barrios Altos”, por parte de la Corte Suprema argentina para resolver los dos casos mencionados en el título de su trabajo y allí lanza su advertencia a los internacionalistas. Es interesante recalcar que esta identificación de los destinatarios de su advertencia encierra una crítica al derecho internacional como tal, cuestión a la que me referiré más adelante.

La defensa y la resistencia a los préstamos jurisprudenciales o a la práctica del *borrowing* ha ocupado buena parte del debate académico constitucional moderno, pero nadie se ha opuesto con mayor consistencia y persistencia a ellos desde un tribunal constitucional como el juez Antonin Scalia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.³² El magistrado se ha pronunciado reiteradamente en contra de los préstamos y en un diálogo con su colega y contradictor en este punto, el juez de la Corte Suprema Stephen Breyer, resumió su perspectiva con una ironía: “Dudo que alguien (en los Estados Unidos) diga: ‘Sí, queremos ser gobernados por decisiones de extranjeros’. Pues bien, si no quieren que esas visiones sean autoritativas, ¿cuál sería el criterio que justificaría citarlas?”.³³ En aquel diálogo quedaba claro, sin embargo, que Scalia no se oponía a que un juez, como Breyer por ejemplo, considerara lo que jueces extranjeros han decidido en materias si-

30. Leonardo G. Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.

31. Carlos F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de *Simón y Mazzeo*)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005).

32. Norman Dorsen, “The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer”, <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/519/791958/The-relevance-of-foreign-legal-materials-in-U-S>. Publicada en *Int J Const Law* (2005) 3 (4): 519-541, p. 523. En contraposición a las ideas de Scalia, véase Stephen Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, Alfred P. Knopf, New York, 2015, Parte IV.

33. Id., p. 522.

milares a las que le tocara decidir a la Corte Suprema estadounidense, pero su objeción central se refería a la impugnación del recurso a la *cita* en el contexto de una sentencia de la Corte Suprema de esa jurisprudencia. El tema es retomado también por Anne Marie Slaughter, quien coincide con la postura de Breyer al desarrollar su concepto de “conversación judicial global”.³⁴

El argumento de Rosenkrantz es que la Argentina ha sido incapaz de desarrollar una “cultura constitucional”, entre otras razones, por haber recurrido desde la sanción de su Norma Fundamental en 1853 a la importación de instituciones y jurisprudencia de tribunales extranjeros, particularmente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En este sentido, critica las conocidas posturas del autor del proyecto de Constitución Nacional, Juan B. Alberdi, y de figuras históricas como Domingo F. Sarmiento, quien defendía la adopción incluso de la jurisprudencia de ese tribunal como propia para construir las bases de nuestra tradición constitucional.³⁵ Si la postura de Rosenkrantz se limitara al rechazo del recurso informativo y no autoritativo a la jurisprudencia extranjera, no solo recibiría el apoyo de Scalia, sino que incluso se haría acreedor del respaldo del juez Breyer, quien sostuvo que podría entender y justificar la posición de aquellos juristas que provienen de países en los que se brega por establecer instituciones que contribuyan a promover la democracia y los derechos humanos luego de regímenes no-democráticos o gobiernos opresores, en cuanto se pronuncian en contra del recurso a la *cita* sentencias de tribunales extranjeros, pues ellos quieren “demostrar que tienen jueces independientes que aplican derechos humanos reconocidos en sus constituciones”. Sin embargo, Breyer sostiene que eso no es lo que sucede con la Corte Suprema de los Estados Unidos que tiene ya ganado su prestigio.³⁶ Así, es probable que este juicio de Breyer sea el que subyace al de Rosenkrantz, pero, una vez más, este no es el caso de la aplicación de sentencias de tribunales internacionales cuya jurisdicción el Estado en cuestión reconoció.

34. Anne-Marie Slaughter, “A Brave New Judicial World”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 277-303.

35. Domingo F. Sarmiento, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, 1856.

36. Dorsen, “The relevance of foreign legal materials ...”, p. 523.

Es posible que detrás de los fuegos de artificio de esta discusión sobre los préstamos solo haya una falsa controversia, o una diferencia no tan dramática. Si el objeto de discusión es el uso autoritativo de la jurisprudencia extranjera o internacional, nadie, ni Rosenkrantz, ni Scalia, ni su contradictor, Breyer, creen que la jurisprudencia extranjera o internacional deba ser autoritativa. Ya nadie sostiene la existencia de beneficios en el trasplante total que proponía Sarmiento en el siglo XIX. La única diferencia entre las posiciones de Rosenkrantz y Scalia, por un lado, y la de Breyer, por otro, radica en el rechazo de la simple *cita* de esa jurisprudencia parte de los primeros y la aceptación por parte del último.³⁷ Sin embargo, el debate más interesante por sus consecuencias concretas es el que se refiere a la utilización de las sentencias emanadas de tribunales internacionales a los que el Estado reconoce autoridad. En materia de derecho internacional es importante resaltar que este es justamente el único punto en el que el propio líder de esta postura, el fallecido juez Scalia, hacía una excepción a su férrea oposición a los préstamos autoritativos. En efecto, respecto de la jurisprudencia de tribunales extranjeros conteniendo interpretaciones de tratados internacionales de los que Estados Unidos es parte, incluso el propio Scalia estaba de acuerdo en citar esos fallos en la propia jurisprudencia de la Corte de la que formaba parte.³⁸ En 2004 se discutía en la Corte Suprema de los Estados Unidos un caso en el que debía aplicarse la Convención de Varsovia sobre responsabilidad de las compañías aéreas. La controversia versaba sobre una demanda interpuesta contra Olympic Airways por un pasajero asmático que había muerto supuestamente por inhalar el humo de los fumadores que compartían con él el avión. Allí Scalia votó en disidencia y le reprochó en su voto a sus colegas por haber ignorado las decisiones tomadas por los tribunales de apelación de Australia y de Gran Bretaña interpretando la convención de Varsovia de un modo muy diferente.³⁹ La ex jueza del mismo tribunal, Sandra Day O'Connor también fue explícita sobre la importancia de que los jueces se abrieran a esa discusión global. En su discurso principal en la *American Society of International Law Proceedings*, en 2002, se preguntaba por qué a los jueces y abogados debería importarles

37. Véase Dorsen, "The relevance of foreign legal materials ...", p. 523.

38. Véase Dorsen, "The relevance of foreign legal materials...", p. 521.

39. *Olympic Airways vs. Husain*, 124 S. Ct. 1221 (2004).

el derecho internacional, a lo que se respondió que “la razón, por supuesto, es la globalización. Ninguna institución del gobierno puede ignorar hoy al resto del mundo”.⁴⁰ Es interesante observar que el máximo detractor de la cita de precedentes extranjeros sostiene que en materia de interpretación de normas de derecho internacional es no solo recomendable, sino debido, recurrir a las interpretaciones de otros tribunales nacionales de una norma de derecho internacional que ata a los Estados Unidos. Si Scalia cree justificado este uso autoritativo particular de la jurisprudencia extranjera, ¿no resultaría lógico suponer que un argumento similar podría justificar utilizar autoritativamente la jurisprudencia de un tribunal internacional al que se le reconoce autoridad, mucho más si se trata de una sentencia que condena al propio Estado?

El problema que parece preocupar a Rosenkrantz, y también a Scalia, no es precisamente el uso autoritativo de la jurisprudencia extranjera o internacional, sino la probable selectividad o manipulación de esa jurisprudencia al abrir la posibilidad de que los jueces hagan una especie de *shopping* de precedentes en beneficio de sus argumentos, buscando en el mundo la sentencia extranjera que mejor respalde su decisión, sin que medie ninguna razón para haber hecho esa elección de un precedente foráneo que su uso estratégico y retórico. Así, Rosenkrantz afirma que:

El peligro de que las decisiones de nuestros jueces sean vistas como discrecionales aumenta cuando ellos usan sus o se refieren en sus sentencias al derecho extranjero por la sencilla razón de que hay tantas fuentes de derecho extranjero como países y, por lo tanto, tantas posibilidades de decisión como fuentes.⁴¹

En el mismo sentido, Scalia, al referirse a un caso en el que se debaten las facultades del jurado en el marco de la aplicación de la pena de muerte, alude a la probabilidad de que citar en forma autoritativa conduzca a lo que él llama manipulación:

40. Sandra Day O'Connor, “Keynote Address”, *American Association of International Law Proceedings*, 96, 2002, p. 348.

41. Véase Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005), p. 210.

Como se sabe, supongamos que quiero hacer algo: entonces debo pensar en una razón para hacerlo. Tengo que escribir algo que suene como si fuera dicho por un abogado. Tengo que citar *algo*. No puedo citar un precedente estadounidense porque estaría contradiciendo una práctica de doscientos años. No puedo citar una ley decidida por el pueblo de los Estados Unidos porque en efecto solo dieciocho de los treinta y ocho Estados que tienen pena de muerte establecen que el jurado no puede determinar si una persona es discapacitada mental y si ello es relevante. ¿Qué voy a usar? Encuentro una decisión tomada por una persona muy inteligente en Zimbabwe o en cualquier otro lugar y la cito. ¡Por dios, realmente suena abogadil! Y así da lugar a la manipulación.⁴²

Rosenkrantz conoce y señala la diferencia entre recurrir al derecho extranjero o al derecho internacional de los derechos humanos, pero igual sostiene su posición: “El uso o la referencia al derecho internacional de los derechos humanos no produce resultados tan dramáticos como el uso o la referencia al derecho extranjero pero, según yo entiendo, igualmente pone la discrecionalidad en un lugar donde no debería haberla”.⁴³ Pero esto tampoco es lo que sucede con una sentencia de la Corte Interamericana y mucho menos cuando se trata de un fallo en el que se condena a la Argentina.

Desde mi punto de vista, Rosenkrantz tiene razón en varios aspectos de su tesis. En primer lugar, asume que la Constitución no se limita al texto por medio del cual la conocemos, sino que ella es una práctica que comprende su interpretación especialmente por parte de los jueces. En segundo lugar, entiende que esa práctica requiere que los magistrados, y en especial la Corte Suprema, argumenten a favor de las interpretaciones constitucionales que adoptan en sus decisiones y que lo hagan tomando como referencia interpretaciones anteriores en casos similares decididos por el tribunal o incluso por otros jueces del poder judicial nacional sus propios precedentes. Según Rosenkrantz, la construcción progresiva de esta Constitución por medio de la interpretación constitucional –que Ronald Dworkin asimiló a la

42. Norman Dorsen, “The relevance of foreign legal materials ...”.

43. Véase Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de *Simón y Mazzeo*)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005), p. 210.

redacción colectiva de una novela encadenada⁴⁴ y que Carlos S. Nino comparó con la construcción intergeneracional de una catedral⁴⁵— no puede, y aquí disiento con el sendero que toma su teoría, estar contaminada por la incorporación “autoritativa” de decisiones de tribunales extranjeros o internacionales, pues ellos responden a otras prácticas, otros contextos sociales o históricos, y a otras tradiciones ajenas a la que la sociedad argentina en general y la Corte Suprema en particular, se encuentran construyendo en su propio contexto histórico y nacional. Debemos detenernos aquí en dos cuestiones fundamentales para comprender con precisión el pensamiento del profesor Rosenkrantz —que entendemos y aclaramos que puede no necesariamente ser igual al del juez Rozenkrantz, pero sus escritos son todo lo que tenemos a la mano para tratar de comprender la postura de la Corte en “Fontevicchia” dada la economía de argumentos de la Corte en su respuesta al Ministerio—. En primer lugar, el autor no se opone a la utilización de fallos de tribunales de otros países o de derecho extranjero siempre que sea solo a título de ilustración del modo en que una comunidad jurídica distinta de la de uno ha resuelto o tratado un cierto problema jurídico, aunque, como Scalia, preferiría que no se hiciera. Ese uso propio del derecho comparado no es impugnado por esta versión local de la doctrina del juez de la Corte estadounidense. Lo que sería un movimiento prohibido en el juego interpretativo de Rosenkrantz es la utilización de esas interpretaciones o argumentos como si provinieran de un tribunal con autoridad para decidir en el contexto argentino, como lo proponía abiertamente Sarmiento respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sin embargo, aquí cobra especial relevancia la asimilación que realiza Rosenkrantz del derecho y de la jurisprudencia extranjeros al derecho internacional y las interpretaciones que de él hacen los tribunales internacionales cuya jurisdicción aceptan los Estados firmantes de los tratados internacionales. En su artículo “En contra de los préstamos ...” el uso indistinto de las referencias al derecho extranjero y al derecho internacional podría hacer suponer que se trata de un error su afirmación de ambos derechos son equivalentes, pero luego de formulada la

44. Ronald Dworkin, Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986.

45. Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

crítica en este sentido por Filippini,⁴⁶ Ronsenkranztz admite abiertamente en su respuesta a este último autor que la asimilación no es inadvertida:

(...) contrariamente a lo que Filippini asume, ni la constitucionalización de los tratados de derechos humanos ni nuestra pertenencia a la comunidad internacional blindan el uso del derecho internacional humanitario por parte de los jueces. (...) los tratados de derechos humanos son en un sentido importante, y aun a pesar de su constitucionalización, derecho de otro.

Y agrega que:

(...) no obstante, la pertenencia de nuestro país a la comunidad internacional, nosotros no “somos” la comunidad internacional por lo que el derecho internacional no puede ser visto como un derecho hecho por nosotros cuya aplicación está a salvo totalmente del problema de la validación. Si bien es cierto que nuestros países pertenecen a la comunidad internacional de ello no se sigue que las normas internacionales sean normas que “nosotros” adoptamos. Ello es así, en virtud de que nuestra membresía a la comunidad internacional es remota o indirecta.⁴⁷

Para Rosenkranztz, el único derecho que puede considerarse autoritativo es el que es producido por la propia comunidad a la que se le aplica, y el derecho extranjero y el derecho internacional son generados por *otros* por una comunidad diferente a la *nuestra*. Es importante detenerse aquí en el concepto de comunidad que resulta determinante para Rosenkranztz al definir quiénes se encuentran facultados a intervenir en la gran conversación sobre la interpretación de las normas que expresan la protección de nuestros derechos.

46. Leonardo G. Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkranztz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.

47. Rosenkranztz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005), p. 204-205.

Comunidad política y derecho

A diferencia de la noción de comunidad que defiende Singer en su libro *One World Now*, la cual resulta conformada por miembros que exceden la comunidad nacional y que abarca a todas las personas que integran la humanidad, Rosenkrantz nos invita a pensar la noción de comunidad justamente en el sentido opuesto. Según Benedict Anderson, las naciones son “comunidades políticas imaginadas” pues ellas solo existen en las mentes de aquellas personas que las constituyen. Cada miembro de una comunidad nacional solo conoce a un puñado de sus connacionales y, sin embargo, considera que todos comparten la adhesión a las mismas instituciones y valores, tales como la constitución, los procedimientos democráticos, el principio de tolerancia, entre otros.⁴⁸ De un modo similar, sobre la base de este tipo de vínculo, Charles Taylor define la noción de ciudadanía.⁴⁹ Para Singer, esta idea de nación defendida por Anderson es descriptiva y no prescriptiva, por lo que no puede recurrirse a ella para justificar el mantenimiento de las comunidades nacionales como únicas unidades políticas. Sin embargo, lo que resulta interesante de la postura de Anderson para Singer, es que la lealtad especial que le debemos a nuestra comunidad nacional no se basa en la comunidad que existe independientemente del modo en que nos imaginamos a nosotros mismos en relación con los otros miembros de la comunidad. Singer sostiene que si Anderson está en lo correcto, y la idea moderna de nación se construye sobre la comunidad de la que nos imaginamos que formamos parte, en lugar de aquella de la que en realidad formamos parte, entonces es posible imaginarnos como parte de una comunidad diferente de la comunidad nacional. Singer concluye que:

(...) los complejos desarrollos a los que nos referimos cuando hablamos de globalización deberían llevarnos a reconsiderar la relevancia que le damos hoy en día a las fronteras nacionales. Necesitamos preguntarnos si, a la larga, sería mejor continuar viviendo en las comunidades

48. Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, Londres, ed. rev. 1991, p. 6.

49. Charles Taylor, “Invoking Civil Society”, en Charles Taylor, *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pp. 204-224.

imaginadas que conocemos como Estados-nación o si nos abrimos a la idea de que somos miembros de la comunidad imaginada del mundo.⁵⁰

El derecho internacional de los derechos humanos en general y la Convención Americana sobre Derechos en particular reflejan ideales compartidos de una comunidad global o regional y solo tendrán valor como derecho en la medida que exista una comunidad formada por los habitantes de los países firmantes de los acuerdos internacionales que se imaginan como miembros de esa comunidad global o regional. La comunidad se define por ese acto de imaginación individual y colectivo que ve en los habitantes de la región personas con las que comparten instituciones y valores. La comunidad transnacional imaginada es la que permite generar el derecho internacional y su surgimiento a partir de la voluntad expresada por los Estados nacionales solo cobra sentido si suponemos la existencia de esa comunidad regional o global. Cuando Rosenkrantz se refiere al derecho internacional como derecho de *otros* está operando el ejercicio propuesto por Anderson al definir la nación en función de una comunidad constituida por las fronteras políticas de una comunidad que no se imagina teniendo algo en común con las personas que forman parte de otras naciones, negando la extensión de ese ejercicio en el sentido propuesto por Singer. En definitiva, si la noción de comunidad no es prescriptiva sino descriptiva, si la existencia de la comunidad –nacional o internacional– depende del modo en que las personas imaginen esa comunidad y de la relación que imaginan que tienen respecto de las otras personas que habitan su nación o su región, la discusión se vuelve empírica: ¿tiene razón Rosenkrantz acerca de que los habitantes de la región de las Américas son *otros*, ajenos a *nuestra comunidad*, o tienen razón aquellos que defienden la autoridad del derecho internacional como la expresión de los habitantes de las Américas y de su pertenencia imaginada a la comunidad de la región formada por las naciones que firmaron la Convención? La adhesión como miembro de la Organización de Estados Americanos, la firma de la Convención, el sometimiento del Estado argentino a la jurisdicción de la Comisión y de la Corte Interamericanas y la propuesta de decenas de ciudadanos argentinos para cargos en esos órganos, son algunas de las señales que permiten afirmar que los argentinos nos imaginamos

50. Singer, pp. 96-97. La traducción es mía.

como miembros de la comunidad política regional e internacional y, por lo tanto, que compartimos con ellas valores e instituciones, tales como el derecho internacional de los derechos humanos. Así, este derecho deja de ser un derecho de *otros* y pasa a ser *nuestro* y, por lo tanto, autoritativo en los términos de la tesis de Rosenkrantz.

Si sostenemos que no pertenecemos a la comunidad que reconoce autoridad al derecho internacional de los derechos humanos, entonces resulta lógico no reconocer autoridad a las decisiones interpretativas de aquellas instituciones que el derecho internacional enviste con la autoridad de interpretar ese derecho. Por eso, Rosenkrantz es coherente al relacionar el carácter no autoritativo del derecho internacional –incluso el suscripto en forma expresa por el gobierno de nuestro país– con la consecuente improcedencia de la aplicación de las interpretaciones realizadas por un tribunal internacional de ese derecho internacional en el proceso de toma de decisiones judicial a nivel nacional. Para demostrar su punto recurre como ejemplo a la aplicación por parte de la Corte Suprema de la decisión de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos” en la resolución de los casos “Simón” y “Mazzeo”: su advertencia a los internacionalistas es que:

[los] usos no autoritativos del derecho extranjero, más precisamente, que la práctica de usar el derecho o decisiones de otros siempre, y más allá de sus resultados beneficiosos, adicionan complejidad a las sentencias haciéndolas, por ello, más difíciles de ser compartidas y endosadas por todos aquellos que las deben tener en honrar quitando a dichas sentencias el carácter de necesarias y unívocas que ellas deben tener para hacer posible su implantación y el desarrollo de una cultura constitucional.⁵¹

Aquí Rosenkrantz se aparta de Scalia, quien como vimos en su voto en “Olympic Airways” sí entendía que era posible recurrir a la jurisprudencia extranjera cuando los tribunales de otros países interpretan el derecho internacional que también ata a los Estados Unidos. En suma, para Rosenkrantz las sentencias de tribunales extranjeros no son autoritativas por ser decisiones de *otros* al igual que no lo son las sentencias de tribunales inter-

51. Rosenkrantz, “Advertencias...”.

nacionales. Así, continúa, la aplicación de ambas, sin distinción, hace imposible el desarrollo de una *cultura constitucional*, tan necesaria en el contexto argentino. Es por ello que afirma que los préstamos del derecho humanitario, como cuando el máximo tribunal argentino recurrió a “Barrios Altos” para justificar sus decisiones en “Simón” y “Mazzeo”, “dificulta[n] nuestra posibilidad de endosar y acompañar a la Corte Suprema pues para endosar y acompañar su razonamiento necesitamos entender, procesar y aceptar todas sus premisas”, algo que sostiene es imposible cuando se incorporan como argumento casos decididos en *otros contextos*. La mayor preocupación de Rosenkrantz es, entonces, doble: por un lado, la necesidad de generar una cultura constitucional a partir de interpretaciones constitucionales que *nos pertenezcan* como comunidad, y que, en consecuencia, las hagamos propias y, por otra parte, relacionado con ello, la necesidad de fortalecer la autoridad del tribunal que realiza esa interpretación. Es por eso que afirma que:

(...) la recurrencia al derecho internacional puede no solo no fortalecer una sentencia sino, por el contrario, debilitar la práctica de juzgar y, con ello, socavar la autoridad de las instituciones que hemos designado para pronunciarse con autoridad acerca de la manera en que debemos resolver los problemas que se presentan en nuestra vida en común como miembros de una comunidad política.⁵²

A partir de aquí, propongo algunas especulaciones que emergen de aplicar estas ideas a la decisión incluida en la respuesta de la Corte Suprema al Ministerio de Relaciones Exteriores en el caso “Fontevéchia”. De la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Fontevéchia” surgen para Rosenkrantz dos amenazas a su proyecto cultural que quizá hayan inspirado la decisión de la mayoría de la Corte Suprema en su respuesta al Poder Ejecutivo. La primera es la aplicación de una norma de derecho “extranjero” incorporado al texto constitucional solo con fines “expresivos” –el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– y la segunda es que el tribunal internacional está exigiendo que sea su interpretación (prolibertad de expresión en su conflicto con el derecho a la intimidad) desplace la interpretación de la Corte Suprema (prointimidad como límite a

52. Rosenkrantz, “Advertencias...”, p. 212.

la libertad de expresión). Visto de este modo, el conflicto que representa la respuesta de la Corte Suprema al Ministerio de Relaciones Exteriores no es un mero conflicto de competencias entre dos órganos jurisdiccionales, sino algo más profundo, una supuesta puja entre el derecho constitucional –o una visión acotada de lo que representa ese derecho excluyendo el art. 75, inc. 22 y los tratados internacionales de derechos humanos que además cuentan con jerarquía constitucional– y sus interpretaciones vernáculos, por un lado, y el derecho internacional concebido como derecho extranjero y, por ende, no autoritativo para los tribunales nacionales, por el otro. Si es así, esta nota de la Corte Suprema de tan solo 12 páginas anticipa un problema que podría ser de dimensiones mayúsculas, pues si su doctrina se extiende a la futura jurisprudencia de los tribunales argentinos, o incluso a la posición de los Poderes Ejecutivo y Legislativo federales, entonces el derecho internacional de los tratados que hemos suscripto será equivalente a derecho extranjero y carecerá de autoridad normativa para las autoridades de nuestro país. Sin embargo, si nos tomamos en serio la última de las advertencias de Rosenkrantz en su trabajo *Advertencia a un internacionalista*, quizá podamos aceptar parcialmente la postura del profesor, en lo que entiendo es su aspecto más importante –el referido a la necesidad de desarrollar una cultura constitucional y una Corte Suprema con autoridad–, sugerir algunos ajustes, repartir responsabilidades entre ambos tribunales –porque también hay tareas que la Corte Interamericana puede realizar para generar una cultura regional de derechos humanos y fortalecer su propia autoridad– y proponer una salida. En el último párrafo de su respuesta a Filippini, Rosenkrantz afirma que su punto no es “que el derecho internacional constitucionalizado por la Convención Constituyente de 1994 no sea vinculante para nosotros que debemos evadirnos de las obligaciones que nuestro país ya asumió” e insiste que su aspiración

(...) es llamar a la reflexión a aquellos que solo ven bondad en la práctica de diferirse a normas extranjeras o internacionales y contribuir a que se entienda la posición de aquellos que consideran que el autogobierno colectivo requiere que miremos mucho más para adentro para llegar a soluciones que puedan ser vistas como la reconstrucción de los principios que nos constituye como la comunidad política que somos.⁵³

53. Rosenkrantz, “Advertencias...”, p. 213.

Tomemos en serio este llamado a la reflexión. Desde mi punto de vista, que he defendido en otra parte en forma más extensa,⁵⁴ el autor parte de una concepción correcta acerca de lo que el derecho es y cómo se crea: el derecho, constitucional en este caso, no es un texto, sino que es ese texto de acuerdo con las interpretaciones que realizan los miembros de una comunidad interpretativa –que para Rosenkrantz son los jueces nacionales y que para mí son ellos y también los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los tribunales nacionales de la región cuando interpretan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y muchos otros actores de la comunidad política–. Rosenkrantz rechaza que el derecho relevante para resolver casos en los que se vean afectados derechos humanos también incluya el derecho internacional suscripto por la Argentina mediante los procedimientos y competencias establecidos en la misma Constitución. Además, también rechaza, en consecuencia, que la comunidad de intérpretes incluya a los jueces internacionales que deben interpretar el contenido de esos tratados de acuerdo con los compromisos asumidos por la Argentina al firmarlos. La estrategia de Rosenkrantz es coherente desde el punto de vista interno: si el derecho que debemos respetar los argentinos es el que surge de mecanismos deliberativos definidos de un modo muy estricto –excluye las deliberaciones entre Estados al formar el derecho internacional– y si la comunidad de referencia es la delimitada por las fronteras nacionales, entonces el derecho que no es solo el texto sino su interpretación, solo puede ser *construido* por la comunidad nacional evitando la interferencia de las interpretaciones de *otros*.

El profesor Horacio Rosatti también se pronunció sobre materias relacionadas con la respuesta del Tribunal al Ministerio antes de ser designado juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁵⁵ Su postura, referida

54. Roberto Saba, *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, Yale Law School, 2010; Roberto Saba, “El Principio de Igualdad en el Diálogo en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G.; Clérico, L.; Sieckmann, J. (ed.); *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012. Véase también Calogero Pizzolo, “¿Ser ‘intérpretes supremos’ en una comunidad de intérpretes finales?”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 7-13.

55. Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, 13 de febrero, 2012, pp. 1 y ss.

a dos puntos relevantes en debate en el caso “Fontev ecchia” se exterioriza en el análisis que realiza, por un lado, acerca de la relación entre el control de constitucionalidad que realizan los jueces nacionales y el control de convencionalidad que, según la Corte Interamericana, deben realizar también estos magistrados al velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁶ Por otra parte, se refiere a la relación que existiría entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la de la Corte Suprema. Respecto del primero de esos puntos, Rosatti se define como crítico de la que denomina posición “ultraconvencionalista” y que describe como “aquella que sostiene la exigencia de un control de convencionalidad autónomo del control constitucional y aun prevaleciente sobre este”. Argumenta que aquellos que defienden esta postura la desprenden su interpretación del artículo 75, inc. 22 incorporado a la Constitución Nacional en 1994, lectura que impugna al menos desde la óptica de lo que “él mismo creyó votar” –como dice textualmente en uno de sus trabajos– cuando como Convencional Constituyente se pronunció a favor de la inclusión de esa cláusula. Al indagar sobre la relación entre los dos tipos de control, Rosatti considera que no hay entre ambos un orden

56. Esta modalidad de control de convencionalidad es denominada “interna” y surge de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006. La modalidad “externa” del control de convencionalidad, que no es a la que se refiere Rosatti en el trabajo citado, surge de los votos del ex juez y ex presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez, quien definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la Corte Interamericana realizaba “al analizar la complejidad del asunto, (...) verifica[ndo] la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención (...) deb[iendo] explorar las circunstancias de jure y de facto del caso.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto del juez Sergio García Ramírez en el caso *López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*, 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141, párr. 30. Véanse también los votos de Sergio García Ramírez en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, párr. 27; Caso *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; y *Vargas Areco vs. Paraguay*, párrs. 6 y 12). El control de convencionalidad externo se refiere esencialmente a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente. Véase Andrés Gil Domínguez, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 1-4, p. 1.

jerárquico, es decir, que la interpretación y aplicación de la Convención no prevalece sobre la interpretación y aplicación que se haga de la Constitución: los tratados de derechos humanos

(...) no observan desde un empuje, por fuera del orden jurídico nacional; *integran ese orden del mismo modo que los planetas de un sistema que –sin perder especificidad– se vinculan en torno a una estrella*. Consecuentemente, así como no desliga a los tratados (aprobados y ratificados por nuestro país) de la Constitución, la introducción del art. 75, inc. 22 tampoco autoriza a desligar la interpretación judicial de los tratados realizada por un tribunal en el marco de un caso concreto (el llamado control *de convencionalidad*) del control *de constitucionalidad*. Dicho de otro modo: la reforma de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad “por fuera” del control de constitucionalidad.⁵⁷

Rosatti volverá, como veremos más adelante, sobre esta tesis en la Respuesta al Ministerio ya en su calidad de juez de la Corte Suprema.

En referencia al segundo de los puntos, Rosatti rechaza la tesis de aquellos que creen que la expresión constitucional del art. 75, inc. 22 “en las condiciones de su vigencia” de los tratados internacionales con jerarquía constitucional deba ser interpretada como “implicando la subordinación del orden local a las interpretaciones que en ámbitos internacionales se realicen sobre tales documentos. Desde su punto de vista, la reforma de 1994 no tuvo el objetivo de “detracer (de modo abierto o encubierto) competencias a la jurisdicción nacional (menos aún a la Corte Suprema de Justicia), ni dejar una “cláusula gatillo” accionable a futuro por un tribunal internacional que pudiera contradecir el texto expreso de la Constitución Nacional, reformándola por un mecanismo distinto del art. 30”. Vale destacar que esta última crítica es diferente a la anterior: mientras la primera rechaza que un *juez o tribunal nacional* deba hacer prevalecer la Convención sobre la Constitución, la segunda rechaza que el juez o tribunal nacional deba seguir obligatoriamente una *interpretación de la Convención* que realice un *tribunal*

57. Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, 13 de febrero, 2012.

internacional (en este último supuesto, no se refiere a una sentencia condenatoria del propio Estado firmante, sino a la jurisprudencia del tribunal internacional en general). La primera rechaza la aplicabilidad del control de convencionalidad en su modalidad interna y la segunda desconoce la autoridad de los precedentes de la Corte Interamericana y, al parecer por su voto en la respuesta al Ministerio en el marco del caso “Fontevicchia”, también rechaza la autoridad de las decisiones de ese tribunal cuando se dirijan a la Corte Suprema. Es aquí, en esta segunda crítica, en la que las posturas de Rosatti y de Rosenkrantz se solapan: ambos rechazan el uso autoritativo de las interpretaciones de la Convención que realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También hay alguna coincidencia, aunque menos evidente, en torno a la primera crítica, pues el rechazo de Rosenkrantz al derecho internacional como derecho autoritativo (por ser “extranjero” y por lo tanto no autoritativo), podría tener parentesco con la postura de Rosatti de rechazar la aplicación de la Convención por sobre la Constitución.

Una comunidad de intérpretes

Existe otro punto de contacto entre la posición del profesor Rosenkrantz y la del juez Rosatti –aunque eso no implique *acuerdo* entre ambos sobre el punto– y es el referido a sus perspectivas respecto del denominado diálogo entre jurisdicciones. La noción de diálogo jurisdiccional o judicial global o internacional es defendida por un amplio espectro de autores nacionales e internacionales y ella descansa también en el reconocimiento de una comunidad de intérpretes amplia que excede las fronteras nacionales. En este sentido, por ejemplo, Anne-Marie Slaughter identifica el surgimiento de una “conversación judicial global”⁵⁸ y Stephen Breyer la asocia con una concepción del derecho: en los Estados Unidos

(...) el derecho no descende de lo alto, ni siquiera de la Corte Suprema. El derecho emerge de un complejo proceso interactivo y democrático. Pero nosotros [los jueces] somos parte de él. Al igual que los abogados,

58. Anne-Marie Slaughter, “A Brave New Judicial World”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 277-303, en pp. 282-291.

los profesores de derecho, los estudiantes y los ciudadanos comunes. El proceso se parece a una especie de conversación. Esta conversación se da entre jueces, profesores, miembros de la barra, y todos aquellos que deciden casos y que analizan y reúnen decisiones judiciales y que adquieren experiencia práctica en la barra. El derecho emerge de un proceso conversacional caótico pero necesario. Nosotros los jueces participamos de esta conversación cuando decidimos casos y también cuando hablamos más generalmente acerca del derecho y sobre el proceso mismo de toma de decisiones.⁵⁹

Comparto plenamente esta perspectiva⁶⁰ así como aquella que entiende, con Breyer y Slaughter, que esa conversación tiene como participantes a los miembros de una comunidad más amplia que la nacional.

Rosenkrantz sostiene que “en muchos países se ha vuelto una moda que los tribunales refieran a precedentes extranjeros en sus decisiones, tomando parte así en lo que el juez Calabresi ha llamado ‘un diálogo en desarrollo entre cuerpos adjudicativos de la comunidad mundial’”,⁶¹ pero se pronuncia contra esa moda de recurrir a los préstamos o trasplantes a pesar de consistir en usos dialógicos no-autoritativos que, en consecuencia, carecen del carácter imitativo que contaminaría, desde su perspectiva, la cultura constitucional nacional. Sin embargo, afirma que “a pesar de todo, deberíamos oponernos *prima facie* al uso dialógico de decisiones extranjeras. Justifica su postura en dos razones: primer lugar, “porque el derecho extranjero agrega complejidad innecesaria a las decisiones de los tribunales”, y, en segundo término, porque “dicho uso dificulta la implementación y desarrollo de una cultura constitucional propia”.⁶² Es posible deducir de este rechazo por el uso no-autoritativo de los precedentes extranjeros –a los que Rosenkrantz asimila los internacionales– y de su postura contraria al uso autoritativo de esas mismas decisiones por parte de tribunales nacionales,

59. Dorsen, “The relevance of foreign legal materials ...”, p. 522.

60. Roberto Saba, *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, Yale Law School, 2010.

61. Rosenkrantz, “En contra de los préstamos ...”, p. 93. Véase Guido Calabresi y Dotson Zimdahl, “The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision”, (2005) 47 *William and Mary Law Review* 743.

62. *Ibidem*.

que este autor también rechazaría el diálogo entre interpretes nacionales e internacionales de un mismo derecho, como el de libertad de expresión, por ejemplo, expresado en cláusulas constitucionales e internacionales. Por su parte, Rosatti, en su opinión propia en la respuesta de la Corte al Ministerio, hace una alusión expresa al “contexto de ‘diálogo jurisprudencial’” el cual debería procurar “mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (art. 62, untos 1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional)”.⁶³ En virtud de esta tesis, el juez entiende que la revocación de la sentencia de la Corte Suprema ordenada por la Corte Interamericana resulta imposible. Esta visión del “diálogo jurisprudencial” resulta un tanto desconcertante en la medida en que si cada órgano resulta ser el intérprete último del derecho a la libertad de expresión reconocido por igual en la Constitución Nacional y en la Convención respectivamente, lo que parece existir es un dúo monólogos aislados e incommunicados entre sí, lo cual parece iluminar el significado de la metáfora de los planetas que giran en torno a la estrella “sin perder su especificidad” a la que refería el profesor Rosatti en su trabajo académico sobre control de constitucionalidad y de convencionalidad. En suma, por diferentes razones, ambos juristas, en su calidad de académicos, se pronunciaron en contra de la necesidad –mucho menos la obligación– de que la Corte Suprema se involucre en un diálogo interpretativo con la Corte Interamericana en torno a la interpretación del alcance y contenido, por ejemplo, del derecho a la libertad de expresión,⁶⁴

63. Cons. 8º.

64. Una perplejidad equivalente parece expresar Roberto Gargarella: “Y algo más, de especial importancia para la opinión independiente de Rosatti, pero que se aplica sobre los demás votos: tomarse en serio el valor del ‘diálogo’ entre tribunales debería haber implicado, en este caso, reconocer el valor de lo dicho por la Corte Interamericana en relación al caso “Fontevicchia”. La Corte argentina debió “revocar” su sentencia anterior, pero no por la “orden” recibida desde la Corte Interamericana, ni por ser un tribunal “sometido” a la autoridad suprema de aquélla. Debíó hacerlo porque la Corte Interamericana afirmaba algo razonable, que el propio derecho argentino hoy reconoce como razonable, en relación con el carácter impropio de lo decidido originariamente por el máximo tribunal argentino, en torno a la “condena civil” que se le impusiera a Fontevicchia. ¡De eso se trata

lo cual podría explicar por qué ambos juristas en su calidad de jueces se concentran en la cuestión de las competencias de ambos tribunales, a las que entienden de modo tal que hacen innecesario o imposible el diálogo entre ambos intérpretes institucionales. Sin embargo, lo que parecen obviar ambos magistrados es que el Estado argentino reconoce en su Constitución Nacional el derecho a la libertad de expresión y que luego refuerza ese reconocimiento con el compromiso que adquiere frente a otros Estados de respetar ese mismo derecho por medio de un tratado internacional –como expresaba Alberdi en *Bases*–.⁶⁵ Como ambos textos normativos requieren ser interpretados para conocer el alcance del derecho, que insisto es el mismo en ambos instrumentos, los jueces de la Corte Suprema se niegan a establecer un diálogo con los intérpretes de la Convención en el Tribunal Interamericano. En palabras de Rosatti, ambos son intérpretes últimos de cada instrumento, como si no se tratara de un mismo derecho en cuestión y rotaran sobre sus propios ejes como planetas aislados que mantienen sus propias especificidades.

Este tabicamiento al que aspiran el profesor Rosenkrantz según surge de su artículo “Contra los préstamos...” y el juez Rosatti de acuerdo con sus palabras en la respuesta de la Corte al Ministerio en referencia a las respectivas labores interpretativas de ambos tribunales encuentra un reflejo casi exacto en el accionar de la Corte Interamericana, la cual parece incurrir en una práctica semejante y esterilizante de un verdadero diálogo interpretativo. Este tribunal internacional parece concebir su propia labor de interpretación y aplicación del derecho expresado en la Convención como si fuera una tarea desconectada de la actividad interpretativa de los tribunales nacionales, en especial las Cortes Supremas y Cortes Constitucionales que interpretan los textos de sus respectivas Constituciones –y de la Convención– para determinar el alcance de los derechos reconocidos en ambos instrumentos. La Corte Interamericana aspira a indicarle a los Estados cuál es el alcance de los derechos reconocidos en la Convención –que

el diálogo! Se trata de aceptar el peso de lo dicho por nuestro interlocutor, cuando él nos ofrece un argumento razonable, y modificar en consecuencia la propia postura. De lo contrario, decimos que dialogamos pero en realidad mostramos que estamos por completo indispuestos a cambiar nuestra postura, aun cuando la sabemos equivocada. Esa actitud sería justamente la contraria a la actitud propia del diálogo judicial que invocamos.

65. Juan Bautista Alberdi, *Bases*, párr. XV y párr. XXXIV.

son generalmente los mismos que reconocen las constituciones— como si no hubiera nada rescatable en el trabajo interpretativo que los tribunales nacionales hacen del alcance de esos mismos derechos en sede nacional y respecto de lo establecido en normas nacionales como las constituciones. La Corte Interamericana decide la mayoría de las veces sobre el significado de los derechos reconocidos en la Convención como si fuera la primera vez que se determina el alcance de esos derechos en el marco de la comunidad política regional o nacional soslayando las construcciones interpretativas nacionales que en muchos casos son ricas y sólidamente desarrolladas. En términos dworkinianos o nineanos, la Corte Interamericana suele hacer su aporte a la novela encadenada como si no se hubiera escrito nada antes de su intervención, agrega un ladrillo en la construcción de la catedral como si éste empezara a edificarse con esa decisión, y ese accionar no solo no contribuye al buen desarrollo de la práctica interpretativa que da contenido a los derechos humanos, sino que socava su propia autoridad en la comunidad de intérpretes de la que forma parte junto con los tribunales nacionales de los países firmantes y fundamentalmente de las Cortes Supremas o Constitucionales de la región.⁶⁶

El derecho como integridad

Los fundamentos de la decisión de la Corte Suprema argentina para no cumplir con lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacen foco en el supuesto conflicto de competencias entre ambos tribunales. Ello queda explícitamente expresado en el voto del juez Rosatti al reconocerle a la primera la facultad de ser el último intérprete de la Constitución Nacional y a la segunda la de ser el último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta afirmación encierra varios problemas de enorme importancia cuyos efectos van muchísimo más allá de la decisión tomada en este caso específico. Esta preocupación excluyente por la cuestión de las competencias opaca, desplaza y silencia la cuestión de fondo que se debatió primero ante los tribunales argentinos y luego en las instancias

66. Roberto Gargarella, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 3-5, en p. 4.

internacionales: el alcance y la protección por parte del Estado argentino del derecho a la libertad de expresión. Tanto la Constitución Nacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresan el compromiso de la comunidad política de la Argentina con el respeto y protección de los derechos humanos. Ese compromiso se presenta por medio de los textos en los que se expresan ambos cuerpos normativos, pero su significado, por ejemplo, en lo que se refiere al alcance de esa libertad y de la consiguiente responsabilidad estatal de protegerla, no es evidente. Aunque resulte obvio para muchos, es necesario subrayar el hecho de que se requiere de la interpretación para poder aplicar un texto normativo. El proceso interpretativo, por medio del cual se le asigna un significado a ese texto es complejo e involucra a una comunidad de intérpretes que se extiende en el tiempo –hacia el pasado y hacia el futuro– y que involucra a jueces nacionales, jueces internacionales, legisladores, miembros de las administraciones federal y provinciales, y en última instancia, también a la ciudadanía, pues esta última también tiene un lugar fundamental el proceso interpretativo en la línea de lo argumentado por Roberto Gargarella.⁶⁷ Este proceso de asignación de significado posee un carácter colectivo y no tiene un final –por eso es que la metáfora de “la última palabra” resulta inapropiada–. La interpretación de la ley, de las constituciones y de los tratados es en realidad un proceso epistémico por medio del cual tratamos, colectivamente, de determinar el alcance de los principios que esas normas de derecho positivo expresan. Cuanto más amplia –en el sentido de los actores involucrados– y profunda –en el sentido de las mejores razones que puedan articularse– sea esa deliberación en torno al alcance de los principios de justicia –expresados en el lenguaje de los derechos– mayores serán las probabilidades de acercarnos a su significado. La preocupación de Rosenkrantz de complejizar las decisiones de la Corte al hacerlas dialogar con jurisprudencia extranjera o internacional –autoritativa o no– y así dificultar la posibilidad de que la ciudadanía las haga suyas, conspira contra la posibilidad de elevar el valor epistémico de ese trabajo interpretativo. Tomando prestado el argumento que utiliza John

67. Roberto Gargarella, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 3-5, en p. 4. También elaboro este punto en Roberto Saba, *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, Yale Law School, 2010.

Stuart Mill para referirse a la justificación de la prohibición de la censura,⁶⁸ silenciar la voz de tribunales extranjeros o internacionales puede implicar que nos autoinflijamos el daño de no conocer la respuesta correcta a nuestra pregunta interpretativa y así cometer errores en el proceso de conocer el verdadero alcance de un principio constitucional que es también convencional. Además, al tratarse de decisiones judiciales, ese déficit epistémico tiene efectos muy reales sobre la libertad misma de las personas involucradas. Justamente, siguiendo a la propia Corte Suprema en la respuesta al Ministerio en su férrea defensa del orden público constitucional, como no podemos presumir que hemos adquirido sin mediar vicio de voluntad un compromiso internacional que se encuentra en conflicto con el orden público constitucional, entonces debemos hacer el mejor esfuerzo por interpretar ese compromiso internacional en consistencia con el orden público constitucional. Y este esfuerzo debe ser realizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Interamericana pues ambas son narradoras de la misma novela encadenada, ambas son constructoras de la misma catedral.

Cuando la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresan el deber de respeto y protección del derecho a la libertad de expresión, no se refieren a dos principios o derechos diferentes, sino a un mismo derecho respecto del cual la comunidad política ha expresado su adhesión y compromiso de observación. A partir de allí, los órganos involucrados en la resolución de casos nacionales o internacionales están embarcados en la misma tarea: determinar el alcance del derecho en cuestión y los deberes y responsabilidades del Estado respecto de su protección. Perder de vista esta tarea fundamental y sumergirse exclusiva y ciegamente en un debate de competencias puede resultar, como en la decisión de la Corte Suprema en la respuesta al Ministerio en el caso “Fontevicchia”, en una distracción injustificada y, lo que sería aún peor, en una contribución querida o no a la perpetuación de la afectación del derecho.

De este modo, podríamos entender lo que ha sucedido con el caso “Fontevicchia” del siguiente modo: una persona considera que una decisión del Estado argentino –el fallo de la Corte Suprema de 2001– ha violado su derecho a la libertad de expresión. Esta persona reclama por la protección de este derecho, contemplado en la Constitución Nacional y en la Conven-

68. John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1970, Capítulo 2.

ción Americana sobre Derechos Humanos, ante los tribunales nacionales, los cuales tienen la competencia de interpretar el alcance del derecho y exigir su respeto a quien corresponda. La persona, frente a sentencias adversas de estos tribunales que interpretan el derecho en este caso concreto de un modo tal que les permite expresar que no ha sido violado, acude a la instancia internacional –Comisión y Corte Interamericanas– para que estas ahora interpreten el alcance del derecho en cuestión. Es cierto que, además de definir el alcance del derecho, esos organismos identificarán la responsabilidad del Estado y los remedios a aplicar, pero antes que eso, y deberán realizar una tarea de importancia fundamental: deberán establecer el alcance del derecho y si este fue violado. Si bien la Corte Suprema y la Corte Interamericana tienen competencias diferentes, si bien se llega a ellas por medio de procedimientos diferentes y si bien pueden ellas ordenar diferentes tipos de acciones respecto de diferentes tipos de actores, ambas están embarcadas en la misma tarea que en este caso consiste en dotar de significado al derecho a la libertad de expresión. En este sentido, ambos tribunales están constreñidos en sus tareas interpretativas por un mismo principio cuya inobservancia haría perder sentido a la institución del derecho como tal: me refiero al principio de integridad en el sentido dworkiniano.⁶⁹ El derecho a la libertad de expresión de Fontevéchia no puede significar algo diferente en la Constitución y en la Convención. Mucho menos, esos significados no pueden ser contradictorios: mientras la Corte Suprema considera que la expresión no goza de protección cuando afecta la privacidad de un funcionario público, la Corte Interamericana entiende exactamente lo opuesto. El fin último de ambos instrumentos, el constitucional y el internacional apuntan a proteger un mismo derecho, el de la libertad de expresión, y Fontevéchia tiene el derecho de recibir un mensaje claro de los órganos interpretativos de ambos sistemas, nacional e internacional, sobre el alcance de su derecho en el ordenamiento jurídico argentino. Esta tarea interpretativa llevada a cabo por una multiplicidad de intérpretes –jueces provinciales, federales, internacionales– es compleja y de difícil resolución, pero hay una estrategia que claramente no ayuda a avanzar en ese proceso y ella es la de considerar que la tarea interpretativa de los tribunales nacionales respecto del derecho

69. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, Capítulos 6 y 7.

a la libertad de expresión está desconectada y aislada de la misma tarea realizada por los jueces internacionales cuya competencia reconoce la misma Constitución. La noción de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la intérprete final de la Constitución Nacional y que la Corte Interamericana es la intérprete final de la Convención soslaya el hecho de que por más de que se trate de dos instrumentos diferentes de derecho positivo ambos expresan la protección del mismo derecho, en este caso el de expresarse libremente. La idea de que ambos intérpretes operan en esferas diferentes y desconectadas responde necesariamente a una noción del derecho contraria a la del derecho como integridad.

Estas dos nociones, la del derecho como interpretación y la del derecho como integridad, exigen de ambos tribunales el compromiso de tomarse en serio las interpretaciones que realiza el otro.⁷⁰ Aún más, al operar la Corte Interamericana en un ámbito regional, sus jueces deben realizar el esfuerzo de justificar sus decisiones interpretativas dialogando con las razones que han dado los tribunales nacionales, sobre todo sus Cortes Supremas o Constitucionales, y evitar interpretar el significado del derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, como si fuera la primera vez que alguien se preguntó sobre su alcance en la región. La Corte Interamericana ha fallado en el pasado en esta tarea de involucrarse en ese diálogo con las Cortes nacionales, pero hay señales tímidas de que eso está cambiando. Por su parte, el argumento de la Corte Suprema acerca de la falta de competencia del Tribunal Interamericano para ordenar la revocatoria de una sentencia anterior ocultó y bloqueó la posibilidad de continuar en este caso y, de solidificarse esta jurisprudencia, en cualquier caso, la conversación entre estas jurisdicciones y las comunidades nacional y regional, sobre la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución y en la Convención. Nada sabemos sobre lo que la Corte Suprema piensa sobre la decisión del fondo del fallo de la Corte Interamericana en *Fontevecchia vs. Argentina*. No sabemos si la Corte Suprema argentina del presente está de acuerdo con la lectura del derecho a la libertad de expresión que hizo este

70. Roberto Saba, “El Principio de Igualdad en el Diálogo en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G.; Clérico, L.; Sieckmann, J. (ed.); *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

mismo tribunal en 2001 o si está de acuerdo con la interpretación de ese derecho que hizo la Corte Interamericana. Sobre este tema, el tema central de la disputa, nada ha dicho la Corte Suprema en su respuesta al Ministerio y se ha desconectado del diálogo jurisdiccional, lo que podría no sorprender a la luz de lo que algunos de los jueces de la Corte Suprema han sostenido sobre éste como hemos analizado más arriba.

“Advertencias” finales y generales, no solo para internacionalistas

Tomando prestado el título de uno de los artículos de Rosenkrantz, creo que vale la pena sí hacer aquí una advertencia a constitucionalistas e internacionalistas desde los aprendizajes que podrían surgir de la Teoría Constitucional moderna. Hace ya algunas décadas que una parte de la academia jurídica asumió como un hecho duro que la Constitución no es un texto, sino una práctica. El texto de la Constitución no es la Constitución. La Constitución es la interpretación que hacemos de ese texto de acuerdo con ciertas reglas y gramática interpretativa.⁷¹ Lo mismo sucede con la Convención Americana o con cualquier otro texto normativo, pero especialmente con aquellos que se refieren a la protección de derechos humanos. A veces tengo la impresión de que el sistema interamericano fue diseñado por codificadores continentales siguiendo su particular visión del derecho como un texto claro con un significado evidente capaz de ser aplicado sin la mediación de intérpretes y las complejidades de la tarea que estos deben desarrollar. Concebir a la Convención como un Código y a su aplicación en clave napoleónica –automática y sin necesidad de interpretación– no captura el trabajo de una Corte como la Interamericana que se asemeja más a una Corte Constitucional que a un Tribunal de Casación. Esta visión acerca del modo en que esta Corte Internacional desempeña su rol se profundiza, quizá, con la atribución consultiva que supone interpretaciones en abstracto del texto de la Convención que la misma Convención le concede. La Convención no es el texto y por lo tanto la aplicación de ese texto no puede realizarse sin recurrir a la interpretación. Para interpretar ese texto debemos

71. Véase, por ejemplo, Owen Fiss, “Objectivity and Interpretation”, 34 *Stanford Law Review* 739, 1982, p.741.

indagar en los principios que subyacen al texto, que debemos suponer no entran en conflicto con los principios que subyacen al texto constitucional. Sostener que la tarea de la Corte Interamericana debe “limitarse” a “aplicar” la Convención evitando invadir el terreno de la interpretación constitucional resulta incomprensible si asumimos, por un lado, que la firma de los tratados internacionales de derechos humanos, como decía Alberdi, nos recordaba Bobbio y nos invita a pensar Singer, refuerzan nuestros compromisos expresados en las constituciones liberales con derechos humanos universales. La firma de esos tratados no implicó un cambio de compromisos, sino su refuerzo por medio de un nuevo instrumento de protección. Por otro lado, también resulta incomprensible ese tabicamiento si asumimos la integridad del derecho, contenido tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de derechos humanos. El derecho constitucional –en lo que se refiere a la protección de derechos– y el derecho internacional de los derechos humanos conforman un plexo de textos que buscan expresar los mismos principios y proteger los mismos derechos. Por eso resulta casi incomprensible o ininteligible la distinción, al menos en materia de derechos humanos, entre constitucionalistas e internacionalistas, pues su área de estudio es la misma: los derechos humanos y los mecanismos diseñados para su protección. A lo sumo, si pueden hacerse advertencias mutuas, ellas deberían estar referidas a no olvidar que en esta particular materia –como quizá en muchas otras a partir del hecho de la globalización– no podemos construir muros divisorios. La tarea es compleja y requiere de juristas y magistrados más parecidos al Hércules de Dworkin que a aquel funcionario que Montesquieu asimilaba a la mera boca de la ley. En todo caso, la complejidad y enormidad de la tarea no debería llevarnos a desistir de nuestros ambiciosos proyectos tendientes a mejorar la protección de los derechos humanos y así evitar confirmar el vaticinio de Alberdi cuando sostenía que en nuestra América del Sur incurrimos con cierta pertinacia en esa perniciosa tendencia a huir de los tratados.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, “La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2017/02/victor-abramovich-sobre-el-caso.html>

- Alberdi, Juan Bautista y Jorge M. Mayer (editor), *Las "Bases" de Alberdi*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969.
- Anderson, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, ed. Rev, Londres, Verso, 1991.
- Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- Calabressi, Guido y Zimdahl, Dotson, "The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision", 47 *William and Mary Law Review* 743, 2005.
- Centro de Estudios Legales y Sociales, *Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH. Sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Fontevecchia y otros c/ República Argentina"*, 18 de febrero de 2017, disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels%20sobre%20fallo%20fontevecchia%20.pdf>
- Dorsen, Norman, "The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer", disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/519/791958/The-relevance-of-foreign-legal-materials-in-U-S>. Publicada en *Int J Const Law* (2005) 3 (4): 519-541, p. 523. En contraposición a las ideas de Scalia, véase Stephen Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, Alfred P. Knopf, New York, 2015, Parte IV.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986.
- Evans, Gareth, "R2P: The Next Ten Years", en Alex Bellamy and Tim Dunne, eds., *Oxford Handbook of the Responsibility to Protect*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Filippini, Leonardo G., "El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.
- Fiss, Owen, "Objectivity and Interpretation", 34 *Stanford Law Review* 739, 1982.
- Gargarella, Roberto, "La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana", *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 3-5, en p. 4.

- Gil Domínguez, Andrés, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 1-4, p. 1.
- Ignatieff, Michael (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005.
- Ignatieff, Michael, “American Exceptionalism and Human Rights”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp. 1-26.
- Harold Hongju Koh, “America’s Jekyll-and-Hyde Exceptionalism”; en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp. 198-222.
- Frank Michelman, “Integrity-Anxiety”; en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp. 241-276.
- Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1970.
- Nash Rojas, Claudio, “Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?”, disponible en: <http://dialogojurisprudencial.org/columnas.php#columna6>, 15 de marzo de 2017.
- Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- Day O’Connor, Sandra, “Keynote Address”, *American Association of International Law Proceedings*, 96, 2002, p. 348.
- Pinto, Mónica, “National and International Courts: Deference or Disdain”, 30 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 247.
- Pizzolo, Calogero, “¿Ser ‘intérpretes supremos’ en una comunidad de intérpretes finales?”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 7-13.
- Rosatti, Horacio, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, 13 de febrero, 2012, pp. 1 y ss.
- Rosenkrantz, Carlos F., “En contra de los “Préstamos” y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295.

- Rosenkrantz, Carlos F., “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1, 2005.
- Saba, Roberto P., *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, Yale Law School, 2010.
- Saba, Roberto P., “El Principio de Igualdad en el Diálogo en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G.; Clérico, L.; Sieckmann, J. (ed.); *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Sarmiento, Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, 1856.
- Singer, Peter, *One World Now. The Ethics of Globalization*, New Haven, Yale University Press, 2016.
- Slaughter, Anne-Marie, “A Brave New Judicial World”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 277-303.
- Taylor, Charles, “Invoking Civil Society”, en Charles Taylor, *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pp. 204-224.
- Zuppi, Alberto L. y Dellutri, Rodrigo, “Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, Buenos Aires, pp. 22-24.